Dott. GIORGIO DEL VECCHIO

IL SENTIMENTO GIURIDICO



TORINO
ROMA — MILANO — FIRENZE
FRATELLI BOCCA EDITORI
1902

Estratto dalla *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*
Volume XXXIII — Fascicolo III

Città di Castello — Tipografia dello Stabilimento S. Lapi, 1902

IL SENTIMENTO GIURIDICO

§ I. — Nel principio della Politica, volendo Aristotele definire in che l'uomo si distingua da tutti gli altri animali, dice questo esser proprio di lui, ch'egli ha il senso del giusto e dell'ingiusto.[1]

Se fin da tempi antichi si disputò lungamente su la costituzione semplice o derivata, naturale o artificiale di questo dato della coscienza, la sua esistenza, cioè la realtà psicologica del senso della giustizia, non fu posta in dubbio da alcuno.

Il problema della sua essenza ed origine andò congiunto di regola, come facilmente s'intende, con altri più generali, su la natura etica dell'uomo, e l'essere obiettivo del giusto; di guisa che non potrebbe tracciarsi compiutamente la storia di così fatta questione senza comprendervi quella intera della Filosofia del diritto.

Un'idea sinottica del contrasto si acquista considerando i due punti nei quali accentraronsi le opposte dottrine. Socrate fondando la concezione ideale del mondo riconobbe nel cuore dell'uomo l'immagine della giustizia in universale; e tal principio accolto nel sistema platonico più non scomparve dagli orizzonti speculativi, benchè sia stato nei secoli, da quelli stessi che vi si attennero, variamente inteso e modificato. Così gli Stoici ammisero un ὀρθὸς λόγος, espressione o riverbero nella coscienza della legge immutabile di natura;

[1] Τοῦτο γὰρ πρὸς τἆλλα ζῷα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνον .... δικαίου καὶ ἀδίκου .... αἴσθησιν ἔχειν [I, 1 (2) § 10 (11)].

e questa tesi sostenuta eloquentemente da Cicerone,[1] fu accolta (benchè in forma men rigorosa) dai giuristi di Roma; e divenne poi uno tra i fondamentali principî delle scuole di *dritto naturale.* D'altra parte essa s'era contemperata nella dottrina teologica di San Tommaso coi dogmi della rivelazione e della caduta. Allo stesso ordine appartiene la concezione del Vico, innalzata però a meravigliosa potenza per comprendere "insieme *istoria e filosofia dell'umanità*„.[2]

L'assunto di una *imago justitiae, per naturam impressa mentibus*[3] non fu mai abbandonato dalla filosofia positiva;[4] e ad esso si riferirono generalmente pure i giuristi, in armonia col comune dettato delle coscienze.

Bensì, mentre da un lato si considerò il fondamento della coscienza del giusto come un puro dato della ragione (e ciò massimamente da Kant e Fichte[5]), dall'altro si concepì come

[1] Sopra tutto in quel mirabile passo della Repubblica (III, 17; *Lactantius, Inst.*, VI, 8): Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, *diffusa in omnes*, constans, sempiterna.... Neque est quaerendus explanator, aut interpres eius alius. Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna, et immutabilis continebit;... cui qui non parebit ipse se fugiet, ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur effugerit„. A ragione disse di questo il ROSMINI, non esservi forse su tal soggetto "luogo più splendido in tutta l'antichità„.

[2] *Principj di una Scienza nuova* (1ª), I, 6; II, 4. "Siccome in noi sono sepolti alcuni *semi eterni di vero* che tratto tratto dalla fanciullezza si van coltivando, finchè con l'età e con le discipline provengono in *ischiaratissime cognizioni di scienze;* così nel genere umano per lo peccato furono sepolti *i semi eterni del giusto*, che tratto tratto dalla fanciullezza del mondo, col più e più spiegarsi la mente umana sopra la sua vera natura, si sono iti spiegando in *massime dimostrate di giustizia*„.

[3] GRAVINA, *Orig. jur. civ.*, lib. III, cap. 11.

[4] Intendasi questa parola nel proprio senso. Oggi va sotto questo nome la filosofia negativa.

[5] KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, II Abschn.: "Aus dem Angeführten erhellt: dass alle sittliche Begriffe völlig *a priori* in der Vernunft ihren Sitz und Ursprung haben; dass sie von keinem empirischen und darum bloss zufälligen Erkenntnisse abstrahirt werden können; dass in dieser Reinigkeit ihres Ursprunges eben ihre Würde liege„ ecc. (Cfr. la *Einleitung in die Rechtslehre*, § *B*). — FICHTE, *Grundlage des Naturrechts* (1796, p. 50): "Es wird sonach zu Folge der geleisteten Deduktion behauptet, dass der Rechtsbegriff im Wesen der Vernunft liege, und dass kein endliches vernünftiges Wesen möglich sey, in welchem derselbe nicht — keinesweges zu Folge der Erfahrung, des Unterrichts, willkührlicher Anordnungen unter den Menschen, u. s. f. sondern zu Folge seiner vernünftigen Natur, vor-

un'esigenza intrinseca della volontà, e l'amore, più che il concetto, della giustizia si riconobbe innato nell'uomo.[1]

Il sentimento giuridico ebbe ancora fondamentale importanza nelle teorie della scuola storica, la quale ad esso ricondusse come ad original fonte la genesi fenomenica del diritto.[2]

Contro a questa serie di concezioni, aventi a tratto comune il principio di una intuizione giuridica immediata ed irriducibile, un'altra si svolse, intorno al principio di una formazione progressiva e mediata, spesso anche *artificiale*, del senso del giusto, per effetto dell'esperienza e delle relazioni esteriori.

komme „. Cfr. pure *Das System der Rechtslehre* (*Fichte's Nachgelassene Werke* Zw. B., p. 495 e seg.).

[1] Questa massima fu sentita più profondamente forse che da alcun altro da J. J. ROUSSEAU. Vedi specialmente nel *Discours sur l'origine et les fondementes de l'inégalité parmi les hommes*, il passo in cui si tratteggia la teorica della pietà (nell'ediz. LEFÈVRE delle *Oeuvres complètes*, vol. IV, p. 151 e seg.); e nel IV dell'*Émile*. la *Profession de foi du vicaire savoyard* (ed. cit., vol. III, p. 336-342). Anche in tutti gli altri suoi scritti s'incontrano accenni a "cet amour de la justice, *inné dans tous les coeurs* „ (*Confess.*, vol. I, p. 613).

Analoga è la dottrina di SCHOPENHAUER, in quanto anch'egli fa scaturire il sentimento della giustizia dalla naturale compassione, che in tal sistema è poggiata su l'unità trascendente della volontà come cosa in sè. "Dieses Mitleid ist eine unleugbare Thatsache des menschlichen Bewusstseins, ist diesem wesentlich eigen, beruht nicht auf Voraussetzungen, Begriffen, Religionen, Dogmen, Mythen, Erziehung und Bildung; sondern ist ursprünglich und unmittelbar, liegt in der menschlichen Natur selbst, hält eben deshalb unter allen Verhältnissen Stich, und zeigt sich in allen Ländern und Zeiten „ (*Über die Grundlage der Moral*, § 17). Cfr. *Die Welt als Wille und Vorstellung*, spec. I. B., § 62.

[2] Tale dottrina è però profondamente diversa da l'altre ond'è prima fatta menzione. Anzitutto essa non considera il sentimento giuridico come un dato della coscienza singola, ma sì quale espressione ipostatica di un'anima popolare. Questa espressione poi è intesa solo come principio *storico*, cioè avente ad unico e necessario riscontro la realtà delle istituzioni vigenti. Esso si rappresenta, per conseguenza, quale principio vivente e organico (benchè invisibile e in parte inconscio), che si svolge nel tempo e nello spazio e assume forme determinate secondo le condizioni particolari della nazione.

Questa teorica si raccosta nella sostanza, e si concilia più che a prima giunta non paia, col sistema di HEGEL. Specialmente nei continuatori di questo è visibile la mutua tendenza delle due concezioni. Per altro lato la scuola storica si connette alla tendenza realistica della moderna scienza sociale. V. su ciò le belle osservazioni del VANNI: *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della Sociologia e della Filosofia positiva*, in *Rivista di Filosofia scientifica*, vol. IV, Milano, 1885, p. 693-721.

Questo concetto, antico quanto il contrario,[1] ebbe il suo massimo svolgimento nella filosofia inglese, ove sempre, in una od in altra forma, prevalse; pur non mancando tra essa propugnatori della dottrina classica dianzi indicata.[2]

Al nostro tempo la spiegazione genetica fu accolta dal maggior numero, come quella che s'accordava colla generale tendenza empirica del pensiero.[3] La forma più sostenibile

[1] Ne sono in vero già visibili i tratti nelle teorie dei sofisti; e non mancano accenni pure anteriori. Che nella filosofia greca sino a Platone siano stati toccati presso che tutti i punti di vista onde è possibile speculare, fu già avvertito. Circa i sofisti stessi è ormai dimostrato che, non ostante alcuni comuni caratteri, le loro dottrine differivano di non poco, e talvolta direttamente si contrariavano. Oltre l'opere classiche del GROTE e dello ZELLER, si cfr. in ispecie il saggio di A. CHIAPPELLI: *Sulle teorie sociali dei sofisti greci* (in *Atti della R. Accad. di scienze morali e politiche*, vol. XXIII, Napoli, 1889). — Il detto notissimo di ARCHELAO, τὸ δίκαιον εἶναι, καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ (su le varie interpretazioni del quale v. BERTINI, *La filosofia greca prima di Socrate*, Torino, 1869, p. 311), pone, forse per la prima volta, il quesito dell'esistenza di un dato morale nella natura. La risposta negativa, quale è data qui dal discepolo di Anassagora, fu certo poi tra i sofisti la dominante; ma non essa può dirsi assunto generale di quella scuola, bensì l'*astrazione* della natura dal fatto storico della moralità, e la *contrapposizione* (in un senso o in un altro) di questi due termini fra di loro.

La tesi per la quale il giusto e l'ingiusto si riconducono al semplice fatto della posizione storica, e non se ne ammette un fondamento in natura, è propria della filosofia scettica d'ogni tempo. Così se ne può osservare il ritorno presso MONTAIGNE (*Essais*, I, 22: *Les loix de la conscience, que nous disons naistre de nature, naissent de la coustume* ecc.); cfr. PASCAL, *Pensées*, I, art. VI, § 19; art. IX, § 5 e seg. (sec. l'ediz. DIDOT dei *Moralistes français*).

[2] La teoria della derivazione empirica ebbe già in vero, nella stessa Inghilterra, un valido oppugnatore in SHAFTESBURY, che contro HOBBES e LOCKE sostenne l'*apriorità* degli effetti razionali (*rational affections*), radicati nella natura stessa dell'uomo (*connatural*). E tra essi rilevò espressamente il sentimento giuridico (*sense of right and wrong*). Tale dottrina ebbe un notabile svolgimento nella filosofia della scuola scozzese, che appunto da uno scolaro di Shaftesbury, FRANCIS HUTCHESON (l'assertore del *moral sense*), prese le mosse. Rammentiamo in particolare la dissertazione di REID (contro HUME) sul fondamento psicologico della giustizia (nel vol. VI delle opere edite dal JOUFFROY, *Essais sur les facultés actives de l'homme*, Ess. V, Chap. V, *Si la justice est une vertu naturelle ou artificielle*). “Il n'est pas plus naturel au corps de croître, qu'à ces sentiments de se développer dans l'esprit humain; ils ne sont ni un effet de l'education, ni une invention des prêtres, des philosophes et des législateurs, mais le développement d'un germe que la nature a déposé dans notre coeur: il faudrait, je pense, plus que de la hardiesse pour le nier „. (*ib.*, p. 360).

[3] Secondo JHERING (vedi *Der Zweck im Recht*, Zw. B. [3 Aufl.] p. 108-119) “Es ist der nackte, dürre Egoismus, den die Natur dem Menschen eingepflanzt hat. Die Geschichte allein ist es, welche aus

di tal dottrina fu data da Erberto Spencer, che mediante il principio di eredità, combinato con quello di associazione, si avvisò conciliarla colla teoria classica del senso innato. Egli dichiara le intuizioni morali essere effetto di esperienze di utilità accumulate, organizzate gradatamente, e divenute poi per eredità indipendenti dall'esperienza cosciente. L'intuizione del giusto costituirebbe pertanto un'acquisizione progressiva della stirpe, apparente nei singoli in forma di facoltà connaturata. [1]

ihm die sittliche Gesinnung hervorbringt „. L'uomo non ha alcun sentimento, nè alcuna intuizione etica originaria. Ciò rappresenta agli occhi di Jhering una scoperta (*Entdeckung*) di Locke, e per appunto “ eine der grössten Thaten des menschlichen Geistes im Laufe der ganzen Weltgeschichte, eine wahre Riesenleistung, die Jeden mit Bewunderung vor der Gewalt der menschlichen Denkkraft erfüllen muss. „ Un vero inno alla *tabula rasa.* Ma assai più che a Locke, Jhering avrebbe dovuto richiamarsi a HOBBES; in ogni modo poi la pretesa “ scoperta „ è contraddetta patentemente dalla storia della filosofia.

Per se stessa considerata, la teoria del JHERING non è sostenibile. Secondo essa, l'intelletto come la volontà dell'uomo non portano seco neppure una *recettività* per l'etica (“ Der Intellect wie der Wille des Menschen bringen für das Sittliche *nicht die mindeste Empfänglichkeit* mit „ p. 116). In grazia di un cambiamento *qualitativo* la storia formerebbe dall'uomo naturale un uomo morale: il quale sarebbe a dirittura *l'opposto* del primo. (“ Die Aenderung, die hier vor sich gegangen, ist *qualitativer* Art, die Geschichte bildet aus dem Thone, dem Teige, den die Natur ihr geliefert hat: dem *natürlichen* Menschen, dem Thiere ein Wesen höherer Art, welches das gerade Widerspiel des ursprünglichen bildet: den *sittlichen* Menschen; der Egoist ist das Werk der *Natur*, der sittliche Mensch das der *Geschichte* „ p. 118).

Questa psicologia semplicista ha la ragione del suo difetto nella mancata analisi dei concetti fondamentali. Come si può scindere dalla natura umana la storia, fino a concepirle in *contraddizione* tra loro? Se, come vuole il Jhering, si pone *natura umana* = *egoismo*, diventa un'impossibilità naturale la storia, che è *metegoistica* per essenza. In particolare il diritto ha per condizione un dato ideale della natura umana, cioè una sua disposizione di ragion pratica. Senza di questa, non sarebbero nemmeno possibili quegli *scopi*, ai quali il JHERING vorrebbe attribuita esclusivamente la genesi del diritto.

Con maggiore sapienza il VICO insegnava: “ *Dalla natura degli uomini escono i loro costumi;* da' costumi i governi; da' governi le leggi; dalle leggi gli abiti civili; dagli abiti civili i fatti costanti pubblici delle nazioni „ (*Scienza nuova* [1ª] II, 56). — E acutamente osservava il JANET: S'il est vrai que certains sentimens, certaines idées morales ne se développent qu' avec la civilisation et la culture, il ne faut pas en conclure que ces sentimens ou que ces idées ne soient pas naturels, car le développement et la perfectibilité de nos sentimens est précisément l'un des traits caractéristiques de la nature humaine „ (*L'unité morale de l'espèce humaine*, in *Revue des deux mondes*, Tome LXXVII [1868], p. 911-912).

[1] Vedi SPENCER, *The Data of Ethics* (trad. di SERGI, *Le Basi della morale*, Milano, 1887), spec. § 46 in fine; *Principles of Psycology*, §§

Con che il nodo della questione è tuttavia piuttosto evitato che sciolto. E un elemento psicologico irriducibile nell'intuizione subiettiva della giustizia vediamo ammesso talvolta dagli stessi " positivisti „ [1].

§ II. — L'origine del sentimento intuitore del giusto è problema di pura ragion metafisica.

Noi teniamo per fermo che la spiegazione storica del manifestarsi di un fatto, in connessione con gli altri dati della natura, non distrugga la sua esistenza d'idea; la quale è soggetta come tale ad una costruzione ontologica, indipendente dall'accidentalità del suo concretarsi. La mutua incidenza dell'idea in fatto, e del fatto in idea, la loro *trascendenza reciproca* è il primo canone della Filosofia e della vita. Essere il mondo un prodotto della coscienza non è men vero, che non sia vero essere la coscienza un prodotto del mondo. Onde riesce palese l'assurdità dell'assunto materialista: secondo il quale, provata la condizionalità reale del pensiero, sarebbe esclusa per ciò la condizionalità ideale dei fatti.

Tale illusione ritorna non pertanto incessantemente: e benchè trovi nella coscienza di ognuno la sua sufficiente con-

208, 520-522, 530 e 531; *Justice*, § 16 e seg. — Cfr. Darwin, *The descent of man,* spec. chap. III; Bain, *Mental and Moral Science*: Ethics, part I, chap. III, (ed. London, 1884, p. 448-459).

[1] L'imperfetta posizione del problema, per la quale vuolsi risolvere l'essere in divenire, conduce a simili contraddizioni: onde si è costretti ad ammettere in fine che l'elemento essenziale era già posto in principio. Vedi ad es. il saggio del Littré, *Origine de l'idée de justice* (in *La Science au point de vue philosophique*, Paris, 1873, p. 331-347). Ivi prima si dice (p. 332) che " la justice, loin d'être primordiale, innée, élementaire, est secondaire, acquise et complexe „; però la si riconduce tosto a un " fait psychique irréductible „, e in fine si ammette che " l'idée de justice n'est pas autre chose que la dérivation d'un fait purement intellectuel, extrêmement simple, véritablement intuitif „ (p. 346).

Per una critica originale ed acuta del moderno empirismo nella filosofia giuridica vedi Petrone, *La fase recentissima della filosofia del dritto in Germania* (Pisa, 1895) e *La filosofia del diritto al lume dell'idealismo critico* (in *Rassegna Nazionale* del 1º giugno 1896). Su gli elementi irriducibili della coscienza etico-giuridica v. ancora del medesimo *Il valore ed i limiti di una psicogenesi della morale* (Roma, 1896) e *La storia interna ed il problema presente della filosofia del diritto* (Modena, 1898) p. 46-52.

futazione, ritenta, a tratti, di costruirsi in ragion filosofica. Questo è in sostanza l'errore fondamentale, il *Grundirrtum*, che Schopenhauer diceva non perir mai dalla terra, ma elevare di tratto in tratto il suo capo, finchè l'universale indignazione non lo costringa a rimpiattarsi di nuovo.[1]

Il problema della natura originale del giusto comporta dunque in verità più soluzioni, secondo il modo ond'esso si pone: secondo che si consideri il fenomeno del suo sviluppo, o la sua essenza d'idea. Questa non può come tale avere alcuna *origine* storica; poichè i fatti potranno mostrar solo *esempi* di sue affermazioni (perfette o imperfette), ma non *produrre* ciò che, da questo punto di vista, è condizione del lor presentarsi. La storia non potrà però mai soppiantare l'idea, perchè non potrà liberarsi del suo *presupposto*; e l'idea è metempirica per essenza, cioè non si esaurisce nell'accadere.

Così nel proposito nostro le condizioni storiche della vita (educazione, abitudine, eredità) non *generano* l'idea del giusto; ma sono le occasioni ed i modi dei *fatti* che a lei *corrispondono*, le ragioni del suo affermarsi o *riscontrarsi* in concreto. Solo in questo senso, cioè nel suo aspetto empirico, la coscienza del giusto può dirsi subordinata a condizioni storiche di sviluppo. Nel suo aspetto ideale, essa non ha altra ragione di determinazione o d'interferenza che quella *logica*.

E in tal senso appunto v'è tra la personalità ed il diritto una *coerenza* essenziale, cioè l'un termine esige l'altro e lo implica nella sua contenenza d'idea.

A questo nesso ideale corrisponde necessariamente una intrinseca relazione nel fatto, poichè l'esistenza di un termine è *coordinata* nella sua possibilità con quella dell'altro. Così la personalità ed il diritto — considerati quali *prodotti* nell'ordine naturale dell'accadere — hanno *comuni e compenetrate* le condizioni empiriche di sviluppo. Onde il necessario apparire della coscienza giuridica nella personalità sviluppata, e del diritto nella vita storica in generale.

[1] *Parerga und Paralipomena*, Ed. di Koeber Zw. B., p. 207-208 (§ 110).

§ III. — La questione metafisica non pregiudica del resto in alcun modo l'analisi del dato psichico e delle sue proprie funzioni.

Il sentimento del giusto è un dato primario e normale della coscienza etica, un elemento o un aspetto di questa; e la sua natura è affettiva al tempo stesso e ideologica, in quanto che alla forza dell'animo, che sente alcunchè giusto o ingiusto, necessariamente presiede, espresso o latente, l'intuito teoretico di un criterio.

Facendoci ad esaminare le funzioni specifiche di questo dato, ci proponiamo di determinare il posto che ad esso spetta nella teoria del diritto.

a) Una vocazione giuridica della coscienza è il presupposto della stessa considerazione storica del diritto. Noi dobbiamo sentire ripercuotersi in noi la vibrazione ideale che corrisponde obiettivamente alla struttura del dritto, per comprendere questa. Non la parola diritto, nè le sue corrispondenti od analoghe, nella storia indaghiamo: ma l'essenziale verità dell'obietto; il quale ha naturalmente in noi stessi la sua radice ed il suo fondamento. Chi non sente in sè gli elementi e le ragioni semplici e necessarie degl'istituti giuridici in generale; chi non ha vivo e desto nella coscienza il principio teoretico ed emotivo che corrisponde intrinsecamente ai dati storici del diritto, non potrà sussumerli, non potrà assimilarli; sopra tutto non potrà coglierne l'intimo senso e la vera natura.

E però fallirà nel suo assunto colui che volendo penetrare la ragion naturale del dritto rifiuti per preconcetto di scuola il ricorso alla sede interiore di esso, e s'avvisi compier l'indagine secondo puri dati meccanici e materiali. Non la sperata semplicità ed esattezza, ma il più pernicioso sviamento sarà solo l'effetto di questo metodo: che non potrà mai condurre al *nodo essenziale* dei rapporti giuridici. *Natura juris ab hominis repetenda est natura.*

Il fondamento psicologico del diritto ha dunque una funzione gravissima nella stessa indagine storica ed obiettiva;

appartenendo ad esso generalmente il darci l'*abito* alla giurisprudenza.

b) Il sentimento del giusto è altresì presupposto da ogni ordine giuridico nei suoi componenti, per l'intelligenza e l'osservanza delle sue norme; in particolare poi si richiede tal fondamento nella coscienza del giudice, il quale ad esso deve attingere ultimamente, secondo lo spirito della legge, le sue sentenze. Si pensi in ispecie all'interpretazione estensiva, e ai giudizi "secondo i principî generali del diritto". La teoria romana dell'*aequitas,* che tanta e sì viva parte ebbe nello sviluppo di quel diritto, si riferiva costantemente a questo elemento giuridico della coscienza; e certo non sarebbe stata possibile senza di esso.

c) Le stesse determinazioni legislative e di consuetudine sono d'ordinario un riflesso organico del sentimento giuridico dominante; ed allo svolgimento di questo corrisponde in effetto un variare di quelle.

Il processo, per cui il sentimento subiettivo del giusto si traduce storicamente in istituzioni, è però assai più complesso e meno immediato che non siasi avvertito dalla *historische Rechtsschule.* Questa, avendo posto *a priori* la massima della "coscienza giuridica popolare", riferì ad essa *sic et simpliciter*, come a fattore storico trascendente, la genesi del diritto; e in essa ne vide il principio razionale e reale ad un tempo.[1] Per tal guisa, non uscendo mai dalla ipostasi dogmatica della "coscienza giuridica popolare", quella scuola ne trascurò interamente l'analisi nella sua prima sede, ch'è la coscienza sin-

[1] È importante su questo punto il raffronto della dottrina storica con quella dei giuristi romani. Essi ammettevano pure un intuito primario del giusto, ma l'estimavano un dato teoretico della ragione, quasi espressione logica della necessità intrinseca del diritto. Lo spirito popolare all'incontro, secondo la scuola storica, è una vera potenza dialettica, una ragione vivente e per se stessa attuosa. Con che s'intende com'esso abbia potuto parere bastante a spiegare la genesi storica del diritto; laddove i Romani, anzichè su la *naturalis ratio*, si fondarono a ciò espressamente sul principio dinamico della *voluntas,* e il momento ideale di quella usaron piuttosto come argomento della universalità umana del dritto, e come massima ausiliare e interpretativa, promotrice dell'equa pratica giudiziale.

gola[1]; dalla quale bisogna appunto tôrre principio per iscoprir poi le leggi del suo comporsi obiettivamente in fattore storico.[2] La coscienza o persuasione giuridica popolare, che parve a cotesta scuola un che di misterioso e d'imperscrutabile,[3] ha nella realtà i suoi principî in quegli stessi elementi dell'essere personale, che sono generalmente le condizioni subiettive o psichiche del diritto; mentre trova d'altro lato i suoi termini in quei dati della natura storica, onde il sentimento del giusto ha materia a determinarsi, e coi quali è pertanto necessariamente connesso nel suo sviluppo e nelle sue concrezioni.[4]

Se non che, anche così risoluto il concetto di coscienza giuridica popolare, non può riconoscersi in questa, come volle la scuola storica, la causa imperturbata, semplice e onnipotente della posizione fenomenica del diritto. Cotesta concezione romantica del *Volksbewusstsein*, come di un tutto costantemente pacifico ed omogeneo, contraddice alla storia dell'evoluzione giuridica; che ci dimostra le istituzioni nascere per via di sforzi laboriosi e tenaci, onde *le volontà coesistenti portano a interferire i rispettivi dati delle coscienze.* Lungi d'essere unanimi nella statuizione giuridica, i popoli trovano in essa un peculiare e quasi non interrotto argomento di dissidio e di lotta; nella quale non solo il sentimento del

[1] Degna di nota è la luminosa intuizione platonica in questo senso: Τὰ αὐτὰ ἐν ἑκάστῳ ἔνεστιν ἡμῶν εἴδη τε καὶ ἤθη, ἅπερ ἐν τῇ πόλει. οὐ γάρ που ἄλλοθεν ἐκεῖσε ἀφῖκται. *Repubbl.*, IV, 435 E. — Similmente il VICO insegnava che come *questo mondo civile certamente è stato fatto dagli uomini*, così *se ne debbono ritruovare i principj dentro la natura e le modificazioni della nostra medesima mente umana* (*Scienza nuova*, 1ª e 2ª, passim).

[2] La teoria della coscienza sociale "come *sintesi di relazioni* delle coscienze e dei subietti individuali„ è tracciata con profondità di vedute dal FILOMUSI GUELFI nella eccellente *Enciclopedia giuridica* (4ª ed.) § 18. Vedi quivi ancora i §§ 16 e 17.

[3] Caratteristica è l'ingenua domanda del PUCHTA: "Wer würde es unternehmen, den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volk entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt?„ (*Instit.*, § XII).

[5] Tra questi dati della natura storica che tendono a reagire sulla coscienza viene a occupare la prima linea, come somma dei processi anteriori, lo stesso ordine giuridico, da che è in fatto costituito. Si determina così uno stato di azione e reazione reciproca tra il diritto esistente e la disposizione giuridica della coscienza. In questa è però sempre un principio attivo: e l'avere in qualche modo veduto ciò è uno dei meriti principali della scuola storica del diritto.

giusto, ma pure ogni altra potenza e passione interviene e si ripercuote. E la statuizione o posizione del dritto è determinata dalla volontà sociale preponderante, cioè dalle idee storicamente più forti.

Il legislatore stesso è da concepire, non come il messo fatidico dell'entità del *Volksgeist*, ma come il rappresentante e la voce organica della *ragione storica sufficiente.* L'armonia delle statuizioni legislative coll'universale sentimento dei singoli potrà assumersi a segno della perfezione di esse, ma certo non è condizione del loro positivo vigere: che anzi mai nella storia tale armonia si presentò integramente avverata.

Il vedere *a priori* nel sistema che avvince un popolo l'espressione fedele del suo proprio genio è sovrimporre alla storia una formola, contro cui la stessa voce dei fatti in mille casi apertamente protesta; ed è vuoto e indegno sofisma, come disse benissimo il Bruns (in *Enc. der R. W.* di *F. v. Holtzendorff,* 5. Aufl., p. 435), il riferire alla coscienza giuridica di una nazione la sua *tolleranza* di un'autorità usurpatrice. A simile argomentare aveva già risposto Jean Jacques: "On pourroit employer une méthode plus conséquente, mais non plus favorable aux tyrans„ (*Contr. soc.*, I, 2).[1]

Il sentimento del giusto ha con tutto ciò una funzione fondamentale e primaria nella determinazione positiva del dritto. Se non se ne può riconoscere in fatto l'onnipotenza, esso è però, anche storicamente, una forza viva, e per sua natura tende a tradursi in quegl'istituti, di cui è per se stesso l'espressione embrionica o potenziale. E di tutte le forze, che presiedono al vigere storico del diritto, esso è la più profonda e la più indistruttibile; perchè anche oppresso, vive latente, ed alla fine, tosto o tardi, si esprime in atto e si fa valere. Gli ordini giuridici sono in effetto tanto più saldi e durevoli, quanto più ampio e profondo è il loro consenso col dettame attuoso delle coscienze. Onde il generale paralle-

[1] Una rettificazione della teoria della scuola storica nel senso indicato fu del resto intrapresa al tempo stesso della sua maggior voga. Rammentiamo in ispecie la bella polemica sostenuta dal Beseler col suo scritto: *Volksrecht und Juristenrecht* (1843) e colla appendice ad esso in risposta alla critica del Puchta.

lismo dianzi notato, tra l'evoluzione interiore e quella esteriore della giustizia.

d) Il sentimento del giusto è lungi d'avere un vincolo od un confine nelle statuizioni vigenti, che pure esso stesso ha in tutto o in parte determinate. Ai suoi sforzi di porle in armonia con se stesso, alle sue varie e successive esigenze segue ordinariamente, secondo i principî accennati, uno sviluppo nella legislazione; la quale del resto, quasi temendo di porsi in contrasto con esso, suol riconoscerne la funzione rinnovatrice, e ad esso in molti casi si riferisce, semprechè la persuasione giuridica si presenti esplicata obiettivamente in costume. Ma la possibilità di un conflitto non è perciò tolta: ed in tal caso il sentimento del giusto si manifesta come elemento *perturbatore* dell'ordine giuridico istituito; e può presedere contro di esso ad un'azione occulta o palese, corrosiva o violenta.

Ciò accade generalmente allorchè troppo grave è la discrepanza tra l'autorità esteriore del reggimento e quella interiore delle coscienze. La qual discrepanza è a sua volta quasi sempre l'effetto del non aver potuto, per contingenze storiche quali che siano, il sentimento del giusto esercitare la sua azione normale rispetto alla genesi del diritto. Allora manifesta la sua efficacia perturbatrice o *rivolutiva*.

Certo non è sempre agevole segnare in fatto il confine tra questa e l'azione ordinaria o legalmente rinnovatrice. La realtà ci presenta anche in ciò, come vuole la sua natura, una serie impercettibile di gradazioni. Ma l'averne riconosciuto nel proprio senso i due termini basta a mostrare generalmente il carattere del processo.

e) L'aspetto testè toccato della coscienza giuridica si connette immediatamente, nel suo significato teoretico, con un altro, che rappresenta la sua funzione caratteristica, e ne definisce il valore fondamentale.

La coscienza del giusto ha in sè la potenza di contrapporsi all'autorità del diritto storico, e di cercare in altro che nella realità del vigere la sua giustificazione ideale. Essa ha

in sè la potenza di giudicare le leggi vigenti, e precisamente *sub specie juris,* cioè alla stregua di quello stesso criterio, che ha pure in esse la sua storica espressione più forte, e formalmente esclusiva. Certamente una concordanza tra il sentimento originale della coscienza e la realtà degl' istituti vigenti è, non che possibile, consueta; nè potrebbero questi durare senza un *minimo* di consenso. Ma l' importante è questo: che sotto tal luce, cioè secondo l' intuito proprio della coscienza, la *giustizia* delle obiettive determinazioni *giuridiche* non è implicita in questa lor qualità, ma è sempre rispetto ad essa mero *accidente:* e chi l'affermi enuncia un giudizio eminentemente *sintetico.*

Noi abbiamo così nella coscienza il principio di tutto quanto un ordine di determinazioni giuridiche, indipendenti da quelle storicamente costituite, e comprendenti anzi pur queste sotto la loro giurisdizione. Molti dottori rifiutano a determinazioni sì fatte la qualità di giuridiche, e negano che il diritto si affermi altrimenti che nella storia e come istituto; ma è il caso di chiedersi se negando i fatti si risolvano le difficoltà che ne nascono.

Il vero è che un principio giuridico è di sua natura il medesimo se sia affermato da un solo o da tutto un popolo; e similmente non tocca l'essenza sua logica il fatto, ch'esso sia molto o poco o nulla *applicato.*

L'applicazione storica presta bensì d'ordinario ai principî vigenti una minutezza, e una precisione di forme che manca spesso alle manifestazioni immediate della coscienza; la quale si smarrisce talvolta nelle ipotesi complicate, e mossa com'è d'ordinario da intuito di casi singoli, non sempre eleva le sue sentenze all'universale. Ma per essere in una od in altra forma espresse e specificate, le immagini di diritto non sono però meno tali; onde anche da questo lato si vede che la distinzione tra i dettati giuridici della coscienza e quelli degl' istituti storicamente posti tiene in realtà solo al *modo,* onde gli uni e gli altri sono affermati.

L' indipendenza da ogni sanzione esteriore, il non ripetere la sua autorità da alcun fatto empirico è carattere distintivo e fondamentale del sentimento del giusto; il quale

pone se stesso come *assoluto.* E questa qualità *psicologica* di assolutezza non può esser negata neppure da chi le neghi una ragion *metafisica* quale che sia.[1]

Nessuna prescrizione di legge potrebbe distruggere questa facoltà originale della coscienza, di contrapporre se stessa, come principio supremo, all'autorità del diritto costituito. E quando Hobbes dichiara (*De Cive*, XII, 1) che a nessuno è nella società civile permesso un giudizio su ciò che sia giusto o ingiusto, dice cosa non solo ignobile, ma anche vana.

L'esame storico poi ci mostra, che questo principio autonomo di ragion pratica, debole negli inizi e quasi riposto, si sviluppa gradatamente e si afforza colla progressiva individuazione delle coscienze. L'idea etica si scevera sempre più dalla realtà, il dover essere si contrappone sempre più vivamente e lucidamente all'essere. Il richiamo a una ragione autorevole per se stessa succede di mano in mano alla obbedienza passiva e all'indiscusso seguitamento degli usi.[2]

La coscienza giuridica sta così a fondamento di un'attività speculativa, la quale partendo dalle più vaghe indicazioni del sentimento, giunge infine a costruire sistematicamente le immagini ideali della giustizia; ed illustrando le ragioni del dritto in universale, offre agl'istituti vigenti un criterio d'estimazione ch'essi non potrebbero mai trovare in se stessi.

[1] Questo carattere spiega altresì la ragione della distinzione verbale tra *giustizia e diritto.* Giusto è ciò che è diritto *indipendentemente dalla sanzione storica positiva,* cioè astrazion fatta da questa; benchè nel fatto la possa anche avere.

Con ciò non s'intende certo affermare che la parola giustizia abbia un solo significato, nè che l'uso rispetti sempre la distinzione accennata. Già in Aristotele la parola δικαιοσύνη ha due sensi distinti. Cfr., sul significato delle parole, la nota (del resto discutibile) del Rosmini in *Filosofia del Diritto,* vol. I, p. 166 (ed. Milano, 1841, ibid. in 2ª ed., Intra, 1865); Lasson, *System der Rechtsphilosophie* (1882), p. 22 e seg. e p. 61-62; Mill, *On Utilitarianism* (1863), chap. V. Su la giustizia "nel suo concetto più generale possibile„ vedi Romagnosi, *Degli enti morali,* §§ 463-4.

[2] Ciò è stato avvertito chiaramente dal Vanni, nel *Problema della Filosofia del diritto* (1890), p. 56 e seg., e nell'altro notevole saggio: *Il Sistema etico-giuridico di H. Spencer* (premesso alla trad. it. della *Giustizia*), p. XXVI e seg.

La coscienza subiettiva del giusto è però in questo senso un principio critico e costruttivo; e le sue esplicazioni rappresentano appunto gli elementi teoretici ed il programma ideale di quelle vicende storiche del diritto, alle quali la stessa coscienza giuridica, costituita in fattore empirico, attivamente partecipa.

Nella vocazione giuridica della coscienza ha dunque pure la sua radice la Filosofia del diritto.

§ IV. — Così abbiamo disposto quasi in un ciclo le varie, e pure connesse funzioni del sentimento del giusto. In questo dato della coscienza (psicologicamente accertato, comunque se n'intenda l'origine) abbiamo riconosciuto il germe e la condizione di tutte le forme, ideali e storiche, nelle quali il diritto si afferma. Ognuna di esse se ne dimostra un'esplicazione particolare od un ramo.

Si conterrà dunque nel sentimento del giusto la verità giuridica in generale, e sarà esso per sè sufficiente a dimostrarne l'essenza?

Le stesse deduzioni analitiche sinora esposte non consentono sì fatta tesi. Solo un'illusione mentale potrebbe far ravvisare *il diritto* in ciò che n'è la ragion subiettiva e il psicologico fondamento.

Nel sentimento del giusto abbiamo in vero riconosciuto la prova della *vocazione ideale* della subiettività alla giustizia. Questa vocazione giuridica non è altro che la *naturalità psicologica* del diritto, la ragione della nostra attitudine ad esso. Ella è quel principio, che sentiamo in noi come forza embrionica, che fa del diritto un oggetto psichico a noi adeguato, e naturalmente c'induce all'attribuzione *simpatica* dei predicati di giusto e ingiusto: onde il suo presentarsi qual " sentimento „.

Ciò spiega come noi abbiam potuto ricondurre a questo dato della coscienza la verità giuridica in ogni aspetto, e vedervi convergere tutti i raggi di essa come in un *focus*. Ma al tempo stesso dimostra, che il diritto come espressione perfetta e verità logica articolata non può trovarsi nel sentimento del giusto. La personalità umana non è il diritto; bensì lo involge naturalmente in se stessa, lo suggerisce, lo *esige;* e il sentimento del giusto è per appunto l'*esigenza* an-

tropologica del diritto, la sua indicazione primaria, l'espressione psichica della sua *umana necessità.*[1]

[1] La teoria del sentimento giuridico è stata fin qui piuttosto negletta. Solo nei suoi termini generali, in quanto essa è compresa in più larghi assunti di psicologia e d'etica, ha luogo nei trattati di queste scienze. La natura specifica e le funzioni di quel principio nell'ordine ideale e storico (quali noi abbiam tentato di esporre) appartengono propriamente alla Filosofia del diritto; ma non furono d'ordinario considerate se non per accenni, ovvero in qualche aspetto particolare. Rammentiamo, oltre i già citati, AHRENS, *Corso di diritto naturale*, Parte generale, II, § 2 (trad. it., Milano, 1857); RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts* (2. Aufl., Leipzig, 1860), spec. § 14; PÖZL, *Ueber den Rechtssinn* (München, 1868); RÜMELIN, *Ueber das Rechtsgefühl* (in *Reden und Aufsätze*, Tübingen, 1875); *Ueber die Idee der Gerechtigkeit* (ib., *Neue Folge*, Freiburg, 1881); JHERING, *Der Kampf um's Recht* (14. Aufl., Wien, 1900).

Città di Castello, Tipografia dello Stabilimento S. Lapi, 1902.

Dott. GIORGIO DEL VECCHIO

IL SENTIMENTO GIURIDICO



TORINO
ROMA — MILANO — FIRENZE
FRATELLI BOCCA EDITORI
1902


3 0112 105478058